

Cadernos Jurídicos

Ano 21 - Número 55 - Julho-Setembro/2020

Paradigmas jurídicos no pós-pandemia



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2020

Releitura do princípio do acesso à Justiça em tempos de pandemia

Fernando da Fonseca Gajardoni¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário. 1. A tentativa de solução extrajudicial do conflito é condicionante legítima para o acesso ao Judiciário? 2. A evolução da jurisprudência brasileira na última década. 3. Eficiência do sistema extrajudicial de atendimento ao jurisdicionado como requisito necessário para a releitura do princípio de acesso à Justiça. 4. A plataforma *consumidor.gov.br*. 5. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: consequências do descumprimento do dever imposto às partes de buscar a autocomposição. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente estudo sobre acesso à Justiça discorre sobre a regra geral do CPC/2015 que estabelece o dever de todos em incentivar a solução consensual dos conflitos e, como tal, investiga a possibilidade de se condicionar o exercício da ação perante o Poder Judiciário à prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito, especialmente através de plataformas on-line como o *consumidor.gov.br*.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Solução consensual. Conflito. Requerimento administrativo.

1. A tentativa de solução extrajudicial do conflito é condicionante legítima para o acesso ao Judiciário?

A tentativa de solução do conflito extrajudicialmente é condicionante legítima para o acesso ao sistema de Justiça? É necessário prévio requerimento administrativo para o acesso ao Poder Judiciário?

Esta questão, que durante longos anos foi respondida no Brasil de modo negativo, tem ganhado novos contornos a partir de diversos precedentes de Tribunais Superiores, em releitura das condições para o exercício do direito de ação, especialmente do interesse processual (interesse de agir).

De fato, visto o interesse processual (art. 17 do CPC) como um duplo juízo de necessidade/utilidade e adequação do provimento jurisdicional², não parece fazer sentido se afirmar *necessário* o pronunciamento judicial sem que o interessado tenha, antes,

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP). Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP-USP).

² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 206.

manifestado ao adversário sua pretensão. Afinal, como dizer existente a resistência à pretensão (lide), se o adverso sequer sabe da existência dela?

Além disso, não se pode ignorar o estímulo que o CPC/2015 (Lei 13.105) — nitidamente influenciado que foi pela política de solução consensual dos conflitos inaugurada pela Resolução 125/2010 do CNJ — confere aos meios extrajudiciais de solução de conflitos (art. 3º, § 3º), o que sugere afirmar que, como regra, nenhum conflito deve ser enfrentado pelo Poder Judiciário antes que as partes possam tentar resolvê-lo consensualmente.

Como se isso já não bastasse, tem-se, ainda, a pandemia da Covid-19, que certamente implicará em uma explosão da litigiosidade, algo que paralelamente à crise econômica do porvir, implicará insuficiência de recursos públicos para o Poder Judiciário suportar toda esta demanda.

Desse modo, é necessária a releitura do princípio do acesso à Justiça para afirmar que — dentro de certos parâmetros, e desde que isso seja possível sem maiores dificuldades — não viola o art. 5º, XXXV, da CF e o art. 3º, *caput*, do CPC a exigência de prévio requerimento extrajudicial antes da propositura de ações perante o Judiciário.

2. A evolução da jurisprudência brasileira na última década

É possível verificar a evolução da jurisprudência no sentido da necessidade de prévio requerimento administrativo como condição de acesso ao Judiciário, deixando de lado uma visão de que sempre, em qualquer situação e sem qualquer critério, seria possível ajuizar uma medida judicial diretamente.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 631.240³, com repercussão geral reconhecida (tema 350), considerou que a exigência do prévio requerimento administrativo em causas previdenciárias — antes de o segurado recorrer à Justiça para a concessão de benefício previdenciário — não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois, sem pedido administrativo anterior, não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito.

Em seu voto, o ministro Roberto Barroso considerou que

não há como caracterizar lesão ou ameaça de direito sem que tenha havido um prévio requerimento do segurado. O INSS não tem o dever de conceder o benefício de ofício. Para que a parte possa alegar que seu direito foi desrespeitado é preciso que o segurado vá ao INSS e apresente seu pedido.

Ficou decidido, porém — dentro da visão de que a exigência de prévio requerimento perante o INSS não pode ser erigida a instrumento de postergação ou embaraço do acesso à Justiça (ai sim, óbice inconstitucional!) —, que não é necessário o esgotamento de todas as instâncias administrativas, não havendo impedimento ao segurado para que ingresse no Judiciário antes que eventual *recurso* contra a decisão administrativa do INSS seja examinado pela autarquia.

³ O STJ encampou o entendimento do STF na integralidade, a partir do julgamento em sede de repetitivos, do REsp 1.369.834/SP, de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 24.09.2014, DJe 02.12.2014 (tema 660).

Considerou-se, ainda, não haver de aguardar a apreciação de prévio requerimento administrativo para que o segurado ingresse judicialmente: a) com pedidos de revisão de benefícios (a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato); b) com pedidos em que a posição do INSS seja notoriamente contrária ao direito postulado (como é o caso das aposentadorias rurais por idade com base exclusivamente em prova oral, nos termos da súmula 149 do STJ); e c) com pedidos em que, apresentado o requerimento administrativo, não haja resposta do INSS em prazo razoável (fixado em 90 dias).

Embora a repercussão geral supra referida se refira a benefícios previdenciários/assistenciais/acidentários, **o entendimento tem sido estendido para outros quadrantes**, aplicando-se a *ratio* do precedente para exigir prévio requerimento administrativo em uma infinidade de outros temas.

A Segunda Turma do STJ tem exigido prévia tentativa extrajudicial de solução do conflito junto à Secretaria da Receita Federal, para processamento das ações judiciais concernentes às contribuições previdenciárias pagas por empresários, empregadores e afins (revisões de valores, repetição de indébito, compensação, etc.).

De acordo com a Corte Cidadã,

efetivamente, o direito de ação garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF tem como legítimo limitador o interesse processual do pretendo autor da ação. O interesse de agir, também chamado interesse processual, caracteriza-se pela materialização do binômio necessidade-utilidade da atuação jurisdicional. A existência de conflito de interesses no âmbito do direito material faz nascer o interesse processual para aquele que não conseguiu satisfazer consensualmente seu direito [...] Substanciado pelo apanhado doutrinário e jurisprudencial, tem-se que a falta de postulação administrativa dos pedidos de compensação ou de repetição do indébito tributário resulta, como no caso dos autos, na ausência de interesse processual dos que litigam diretamente no Poder Judiciário. O pedido, nesses casos, carece do elemento configurador de resistência pela Administração Tributária à pretensão. Não há conflito. Não há lide. Não há, por conseguinte, interesse de agir nessas situações. O Poder Judiciário é a via destinada à resolução dos conflitos, o que também indica que, enquanto não houver resistência da Administração, não há interesse de agir daquele que ‘judicializa’ sua pretensão [...] Como as matérias tributária e previdenciária relacionadas ao Regime Geral de Previdência Social possuem natureza jurídica distinta, mas complementares, pois, em verdade, tratam-se as relações jurídicas de custeio e de benefício (prestacional) titularizadas pela União e pelo INSS, respectivamente, com o fim último de garantir a cobertura dos riscos sociais de natureza previdenciária, entende-se que a “ratio decidendi” utilizada quando do julgamento da exigência ou não do prévio requerimento administrativo nos benefícios previdenciários pode também ser adotada para os pedidos formulados à Secretaria da Receita Federal concernentes às contribuições previdenciárias (REsp 1.734.733/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 7/6/2018, DJe 28/11/2018).⁴

⁴ Há diversos outros precedentes do STJ no sentido da exigência do prévio requerimento administrativo nos pedidos de compensação das contribuições previdenciárias: AgRg nos EDcl no REsp 886.334/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma,

Também em tema de cobrança de seguro obrigatório (DPVAT), há precedente do STF no sentido de que só se é possível afirmar a existência de interesse processual (necessidade) a partir da negativa ou demora na apreciação de pedidos formulados previamente, antes do ingresso em juízo, junto à Seguradora Líder (Resolução CNSP n° 154/2006 e Portaria CNSP n° 2.797/07).

Conforme o Ministro Luiz Fux,

o estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5°, XXXV, da Constituição Federal, conforme firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso” [...] A ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracteriza após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas [...] Inexiste necessidade do pronunciamento judicial, pois não havendo que se falar em pretensão resistida a justificar a propositura da presente demanda, não há o interesse de se ingressar com a demanda em juízo” (STF, RE 839.353/MA, Relator Ministro Luiz Fux, DJE 09/02/2015)

Esse mesmo entendimento também tem sido aplicado aos pedidos de exibição de documentos em geral, inclusive em sede de relações de consumo regidas pelo CDC.

O STJ decidiu, em sede de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973) (art. 1.036 do CPC/2015), que a exigência de requerimento prévio junto aos bancos é indispensável para aquilatar o interesse processual/necessidade no pedido de exibição de documentos, não implicando violação do princípio do acesso à Justiça.

De acordo com a corte, a propositura de pedido de

exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária” (STJ, Resp. 1.349.453-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 10.12.2014, grifos nossos).⁵

julgado em 10/8/2010, DJe 20/8/2010; REsp 952.419/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2/12/2008, DJe 18/12/2008; REsp 888.729/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 27/2/2007, DJ 16/3/2007, p. 340; REsp 544.132/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23/5/2006, DJ 30/6/2006, p. 166.

⁵ Este entendimento tem sido diuturnamente reafirmado pelo STJ em diversos julgados: AgInt no AREsp 1.328.134/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 25.11.2019; AgInt no AREsp 1.403.993/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe de 29.3.2019. Contudo, há precedentes do STJ que, mesmo depois do pronunciamento do próprio Tribunal em sede de repetitivos, ainda persistem no entendimento de que é desnecessário prévio requerimento administrativo de exibição para acesso ao Judiciário: AgRg no AREsp 747.499/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17/3/2016; e AgRg no AREsp 799.031/PR, Rel. Diva Malerbi, 2ª Turma, DJe de 18/12/2015.

E, mais recentemente, em pedidos direcionados às pessoas jurídicas de direito público e concessionárias de serviço público, já se encontram alguns julgados que tem aplicado a mesma *ratio* do entendimento do STF no RE 631.240 (tema 350): somente após a prévia negativa do atendimento à demanda pela administração ou afim que se tem permitido o processamento das ações respectivas perante o Poder Judiciário.

O TJSP, exemplificativamente, já entendeu que a concessão de uso especial para moradia, nos termos da MP 2.220/01, pode ser concedida aos possuidores de área pública em dadas condições, mas o acesso à via judicial para tanto depende da omissão ou recusa administrativa, sendo necessário prévio requerimento administrativo, sendo lícito o indeferimento da inicial quando não observada tal condicionante (Apelação Cível 1031511-09.2018.8.26.0506, Relator Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, j. 23.09.2019).

Nos pedidos para fornecimento de medicamentos/insumos pelo Estado, já se encontram decisões exigindo prévio requerimento administrativo para processamento das demandas judiciais, pese a ressalva de que, processada a ação sem a exigência, não se pode, oportunamente, obstar-se o acesso com a extinção da ação sem análise do mérito, vez que a contestação do Poder Público seria suficiente para fazer presente a resistência à pretensão e, conseqüentemente, o interesse processual.⁶

A tendência está bem-posta e ainda que parte da jurisprudência, sem muita reflexão, resista *indevidamente* à aplicação da *ratio* dos precedentes qualificados supra alinhavados⁷, a tendência é que cada vez mais a prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia seja erigida à condição de acesso ao Poder Judiciário como regra geral.⁸

3. Eficiência do sistema extrajudicial de atendimento ao jurisdicionado como requisito necessário para a releitura do princípio de acesso à Justiça

A necessidade de racionalização do acesso à Justiça (essencial para a própria contenção de gastos em um Estado agigantado) e de se reduzir o número de demandas derivadas de conflitos hipotéticos (em que o adverso sequer tem conhecimento prévio da pretensão apresentada em juízo) bem indicam que o mote do sistema de Justiça é cada vez mais prestigiar mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos⁹, sejam os contenciosos

⁶ STJ, AgRg no REsp 1492148/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 10/03/2016. No mesmo sentido, cf. Recurso Cível n. 71008901381, 2ª Turma Recursal da Fazenda Pública do TJRS, Relatora Rosane Ramos de Oliveira Michels, j. 23-10-2019.

⁷ Na jurisprudência do TJSP (Apelação Cível 1001361-57.2019.8.26.0426; Relator: Cauduro Padin, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 20/02/2020; Apelação Cível 1034373-70.2019.8.26.0100; Relatora Ana Catarina Strauch, 27ª Câmara de Direito Privado, j. em 26/11/2019; Apelação Cível 1002989-55.2019.8.26.0079; Relator Fernando Sastre Redondo, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 14/10/2019; Apelação Cível 1017968-82.2017.8.26.0114; Relator Souza Lopes; 17ª Câmara de Direito Privado, j. 24/09/2018) e do TJRS (Apelação Cível n. 70079379012, 2ª Câmara Cível, Relatora Laura Louzada Jaccottet, j. 30/01/2019).

⁸ Nesse sentido, a doutrina processual começa a caminhar para a releitura do acesso à Justiça. Como exemplo, João Batista Lopes aponta que o “*atual modelo processual está esgotado*”, sendo necessário repensá-lo, propondo uma série de sugestões para “*coibir o abuso no direito de demandar*”, dentre as quais uma proposta em parte análoga à que se defende neste artigo (Modelo constitucional de processo e lentidão da Justiça, *Revista de Processo*, v. 295, São Paulo, set. 2019).

⁹ Conforme argutamente ponderado pelo Ministro Herman Benjamin, “*dois aspectos merecem ser observados quanto a matérias com grande potencial de judicialização, como a tributária e a previdenciária. O primeiro, sob a ótica da análise econômica do direito, quando o Estado brasileiro realiza grandes despesas para financiar o funcionamento do Poder Executivo e do Poder Judiciário para que o primeiro deixe de exercer sua competência legal de examinar os pedidos administrativos em matéria tributária; e o segundo, em substituição ao primeiro, exerce a jurisdição em questões que os cidadãos poderiam ver resolvidas de forma mais célere e menos dispendiosa no âmbito administrativo. Criam-se, assim, um ciclo vicioso e condenações judiciais a título de honorários advocatícios cujos recursos financeiros poderiam ser destinados a políticas públicas de interesse social (...)* Outro ponto a ser considerado é o estímulo criado pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 à solução

administrativos nos casos de demandas contra o Poder Público, os SACs (Serviços de Atendimento ao Consumidor) nas relações de consumo, ou mesmo ferramentas (especialmente virtuais) de recepção e atendimento a reclamações em geral (contra o poder público e/ou empresas privadas).

Evidentemente, a releitura do princípio do acesso à Justiça, com exigência de prévio requerimento extrajudicial como condição para a postulação em juízo, pressupõe um grau de eficiência mínima da instância administrativa. Tanto a administração pública quanto as empresas privadas devem conceber meios eficientes e julgamentos pautados nas reais expectativas jurídicas das partes, solucionando as questões favoravelmente ao demandante todas as vezes que puder identificar que este possui significativas chances de ter seu pedido acolhido caso, no futuro, valha-se do Judiciário¹⁰.

Colocando em outros termos, só faz sentido condicionar o acesso ao Judiciário mediante demonstração de que houve prévia tentativa de se solucionar extrajudicialmente a questão se — e somente se — o sistema extrajudicial de recepção e solução dos conflitos tenha capacidade de processar a reclamação e atendê-la em tempo razoável, com respostas aos reclamantes que, além de breves, possam, no mais das vezes, atendê-los de maneira satisfatória (algo que deve ser constantemente auditado pelas autoridades públicas, inclusive Judiciárias).

Em sendo o sistema extrajudicial de solução do conflito lento, burocrático, de difícil acesso/manejo e/ou incapaz de dar respostas em tempo razoável ou acolher o reclamo dos jurisdicionados nos casos em que ele efetivamente tenha razão, aí sim a exigência da prévia tentativa extrajudicial de solução do conflito seria óbice inconstitucional ao acesso à Justiça, não sendo minimamente razoável submeter a parte a cumprir essa etapa vazia do procedimento só para demandar perante o Poder Judiciário.¹¹

4. A plataforma consumidor.gov.

Neste quadrante do uso de instrumentos extrajudiciais de aporte e solução de reclamações, ganha especial relevo a plataforma **consumidor.gov.br**.

Trata-se de plataforma digital que permite a interlocução direta entre consumidores e fornecedores (inclusive da administração federal¹²), via internet, para solução

consensual da lide, prevendo uma série de instrumentos materiais e processuais que direcionam as partes para comporem, de forma autônoma e segundo sua vontade, o objeto do litígio” (STJ, REsp 1.734.733/PE, j. em 7/6/2018, DJe 28/11/2018).

¹⁰ Louvável, por isso, a edição do recente Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, regulamentando a nova redação dos artigos 20 ao 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que pretende qualificar a motivação das decisões, inclusive administrativas.

¹¹ Sobre o tema, já se advertiu: “Em contrapartida, atualmente ganha força a tese de ausência de interesse processual pela inexistência de exaurimento da via administrativa, exceto se demonstrado, *prima facie*, a absoluta impossibilidade de qualquer êxito naquela (decisões ou práticas administrativas anteriores e contrárias ao êxito do requerimento administrativo). Conquanto sejamos simpáticos à tese, ela pressupõe e exige a estruturação adequada dos contenciosos administrativos, a fim de oferecer respostas rápidas e com qualidade aos administrados. No contexto atual, em que o procedimento administrativo, ressalvadas algumas exceções, apresenta baixa performance, inviável exigir seu prévio exaurimento, sob pena de erigir mais um obstáculo ao acesso à Justiça.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. Parte geral. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 125)

¹² Conforme o art. 1º do Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015 (com a redação dada pelo Decreto 10.197/2020), o “Consumidor.gov.br é a plataforma digital oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo”, devendo “os órgãos e as entidades que possuam plataformas próprias para solução de conflitos de consumo [migrarem] os seus serviços para o Consumidor.gov.br até 31 de dezembro de 2020”.

de conflitos de consumo, evitando, assim, o ajuizamento de ações perante o Judiciário (especialmente JECs e JEFs).

Monitorada¹³ pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), Ministério da Justiça, Procons, Defensorias, Ministérios Públicos e, também, por toda a sociedade, a ferramenta permite que as reclamações dos consumidores sejam encaminhadas diretamente a entidades previamente cadastradas no sistema (inclusive as do poder público federal), que têm o prazo de 10 (dez) dias para apresentar uma resposta à postulação administrativa.

Considerando a possibilidade de aperfeiçoamento da plataforma e expansão de seu alcance para outras empresas e órgãos da administração, afigura-se correto o entendimento, baseado na proposta aqui apresentada, de que o exercício do direito de ação perante o Judiciário seja condicionado à prévia tentativa de solução do conflito através da referida plataforma, desde que se trate de fornecedores/órgãos da administração previamente cadastrados no sistema e que tenham histórico razoável de solução extrajudicial de litígios por esta plataforma (conforme já foi exposto no item 3).

Pedidos de revisão de contratos bancários; pleitos de baixa de apontamentos indevidos em cadastros de maus pagadores (inclusive com reflexos indenizatórios em padrões razoáveis); reclamações sobre o mau funcionamento de serviços (públicos ou privados) como telefonia, energia elétrica, internet, entre tantos outros; somente poderiam aportar perante o Poder Judiciário após o interessado tentar, previamente, a autocomposição administrativa com o uso da plataforma consumidor.gov (ou afim), preservando o acesso direto à Justiça apenas para aqueles casos em que a resolução extrajudicial não se mostre possível ou recomendável.

Assim, ajuizada diretamente ação judicial sem que a parte, nos casos em que isso seja possível e recomendável, tenha tentado extrajudicialmente a solução do conflito, deve o Judiciário, com base nos artigos 3º e 6º do CPC (dever de autocomposição e cooperação), suspender o feito (e não indeferir a inicial) para que seja, então, feita a postulação pela via administrativa própria pelo autor. Com a notícia de que não houve reconhecimento ou transação extrajudicial com o demandado, o processo terá seguimento, mesma solução a ser adotada se, eventualmente, a resposta à reclamação do jurisdicionado não for dada em prazo razoável (estimado pelo juiz). Caso, contudo, venha a notícia de que as partes se entenderam extrajudicialmente por transação ou reconhecimento jurídico do pedido, não há mais interesse/necessidade da prestação jurisdicional, pelo que o feito prematuramente proposto será extinto, sem análise, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

A legalidade/constitucionalidade da exigência do prévio requerimento extrajudicial, obviamente, só se sustentará a partir da afirmação da credibilidade desse sistema de resolução de conflitos, cuja responsabilidade recaí sobre os seus próprios usuários, utilizando-o como oportunidade efetiva de resolver conflitos de parte a parte, sem os custos inerentes ao Poder Judiciário. Uma sociedade que se pretende madura deve ser capaz de resolver algumas controvérsias via negociação direta, não necessitando ser, invariavelmente, tutelada pelo Poder Judiciário.

Por evidente, tanto quanto nos casos de ações previdenciárias, exhibitórias e etc., esse entendimento deve ser temperado pela admissão de hipóteses excepcionais em que

¹³ De acordo com dados informados na própria plataforma, 80% das reclamações registradas no Consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias. Evidente, portanto, estar atendido o grau de eficiência mínimo a que se referiu anteriormente.

o acesso à Justiça se daria de forma direta, como nos casos em que: a) a resposta não se dê em tempo razoável (os 10 dias previstos na plataforma ou outro estimado pelo juiz); b) os pedidos de consumidores, de ordinário, não são atendidos pelos fornecedores/órgãos cadastrados (o que, mais uma vez insista, deve contar com o acompanhamento do próprio Poder Judiciário); e c) seja necessária tutela de urgência, não sendo possível ao jurisdicionado aguardar eventual solução extrajudicial.

É de se considerar, ainda, que uma vez tentada a solução extrajudicial do conflito pela plataforma **consumidor.gov.br** ou afim (SACs, etc.) e não havendo sucesso na pretensão administrativamente esboçada: a) fica dispensada a audiência de conciliação do art. 334 do CPC ou do rito sumaríssimo da Lei 9.099/95, até como forma de acelerar o tramitar do processo judicial e desincentivar comportamento ímprobo de fornecedores/órgãos da administração (que podem ver na prévia exigência do uso da plataforma salvaguarda para postergar a prestação da tutela jurisdicional); e b) o comportamento do reclamado (**apenas nos casos** de não atender pretensões legítimas e razoáveis dos que acessam o sistema extrajudicial de solução dos conflitos), à luz da boa-fé processual (art. 5º do CPC), deve ser considerado pelo juiz no momento da fixação dos valores devidos ao reclamante em juízo, seja no aspecto da litigância ímproba quando ocorrente (arts. 77 e 80 do CPC), seja no próprio arbitramento dos valores devidos pelo dispêndio de tempo do jurisdicionado com a prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito (dano marginal).

5. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: consequências práticas do descumprimento do dever imposto às partes de buscar a autocomposição

Na Inglaterra, as *Civil Procedure Rules* (CPRs) impõem ao juízo e às partes/procuradores o dever de evitar, sempre que possível, as demandas judiciais (que devem ser processadas apenas em casos extremos), encorajando-se os atores processuais a se utilizarem de outros meios mais apropriados para a resolução dos conflitos (ADR).

Antes de dar início à demanda, ambas as partes deverão fazer ofertas de acordo relacionadas à íntegra ou à parte da pretensão¹⁴. Havendo necessidade de decisão judicial no processo, eventual recusa imotivada de qualquer das partes à tentativa de utilização da conciliação/mediação ou o comportamento desarrazoado no curso das ADRs, será levado em consideração pelo juiz no momento de decidir.¹⁵

Embora não haja previsão legal expressa no Brasil a respeito do tema – como há na Inglaterra (CPRs, Part 36 – *offers to settle*¹⁶) –, é razoável sustentar que, também

¹⁴ Conforme Marcato, “uma das alterações mais significativas foi a introdução de regramentos/protocolos de pre-action, representativos de uma fase prévia, anterior ao processo litigioso, tendente a disciplinar as formas de autocomposição. Por outras palavras, trata-se de método de trabalho destinado a constituir e a aumentar os benefícios da realização de acordos em fase precoce e com boa base de informação para ambas as partes, de modo a satisfazê-las genuinamente em uma disputa. Os propósitos da pre-action são, portanto, (a) chamar a atenção dos litigantes para as vantagens da resolução de uma disputa sem a instauração de um processo judicial; (b) permitir-lhes a obtenção de informações sobre a razoabilidade das exigências para a aceitação de um acordo apropriado, ou, ainda, (c) apresentar uma oferta apropriada de acordo, de tal forma que haja consequências pecuniárias no caso de, diante da recusa da outra parte, o processo deva ser instaurado ou prosseguir; e, finalmente, (d) estabelecer as bases para acelerar os procedimentos judiciais, se e quando não houver acordo nessa fase prévia” (Algumas considerações sobre a crise da Justiça. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf>. Acesso em: 29.02.2020. Item 5.1).

¹⁵ MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da Justiça. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf>. Acesso em: 29.02.2020. Item 5.1.

¹⁶ A normativa inglesa referida pode ser conferida no link: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36#l>

aqui, o comportamento das partes a bem da solução autocompositiva do conflito seja considerado pelo juiz no momento de decidir — algo a ser feito pela aplicação de medidas sancionatórias próprias do sistema (artigos 77, 80 e 81 do CPC), pela elevação/diminuição de valores indenizatórios reclamados (especialmente relacionados a danos morais) e até na consideração do percentual de sucumbência a ser fixado com base no art. 85 do CPC (considerando o maior/menor trabalho do advogado da parte).

Com efeito, o comando processual de que a solução consensual dos conflitos deve ser promovida (art. 3º, § 2º, CPC) e estimulada pelos atores do processo (art. 3º, § 3º, CPC), inclusive no termos da Resolução CNJ 125/2010, não pode ser visto, apenas, como o dever de as partes/procuradores participarem de sessões de mediação e conciliação, ou mesmo de apresentarem prévia postulação administrativa antes do acesso ao Judiciário.

Mais do que isso — e até, em reforço argumentativo, pela incidência dos princípios da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º do CPC) —, o comportamento pré-processual das partes a bem da solução negociada do conflito (a fim de evitar o ajuizamento de demandas judiciais), ou mesmo durante os procedimentos (extrajudiciais e judiciais) de mediação/conciliação (a fim de solucionar os conflitos), é componente importante a ser considerado na tomada de decisão pelo órgão jurisdicional.

Consequentemente, se efetuado o requerimento administrativo pelo consumidor, com pretensão lícita/proporcional, e se observado um comportamento desarrazoado do fornecedor demandado (inclusive do Estado) de negar a solução extrajudicial do conflito despropositadamente (v.g., mesmo não havendo dúvida sobre o fato afirmado e consequências jurídicas), tal conduta deve não só autorizar o ajuizamento da demanda judicial (inclusive com dispensa da audiência do art. 334 do CPC, a fim de acelerar o trâmite do processo), mas também justificar, caso o processo precise mesmo ser julgado, a fixação de multa por litigância de má-fé ao requerido, já que restaram violados não só os comandos dos artigos 77, II e 80, III, IV e V, do CPC, como também as próprias normas fundamentais dos arts. 3º, § 3º, 5º e 6º, todos do CPC.

Acredita-se, ainda — dentro do sistema bifásico de fixação de dano moral ordinariamente adotado pelo STJ¹⁷ —, que o comportamento processual do requerido de negar, sem nenhuma razoabilidade, a solução extrajudicial do conflito, deve justificar, na 2ª fase da fixação do montante indenizatório (caso haja pedido de dano moral), a elevação do valor usualmente fixado para casos semelhantes, firme no ideário de que não houve, pela parte, cumprimento adequado do dever de buscar a solução consensual do conflito (art. 3º, § 3º, do CPC).

O entendimento se torna ainda mais evidente ante o recente reconhecimento, pelo STJ, da teoria do desvio produtivo¹⁸ como fator de indenizabilidade por dano moral (o que

¹⁷ Conforme jurisprudência do STJ, a fixação do valor devido à título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano (AgInt no REsp 1533342/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 27/03/2019; AgInt no AREsp 900932/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/20; REsp 1771866/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019; AgInt no REsp 1719756/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018; REsp 1669680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 22/06/2017).

¹⁸ Pela teoria do desvio produtivo, o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável. A 2ª Seção do STJ (direito privado) tem acolhido tal tese e fixado indenização em favor de consumidores que tenham despendido considerável tempo na frustrada tentativa de solucionar extrajudicialmente

afasta a crítica de que a fixação de tal verba não pode ter caráter punitivo). O comportamento da parte em recusar, desarrazoadamente, a solução consensual do conflito no pleito extrajudicial, certamente toma tempo daquele que terá que buscar ou responder no Judiciário pela solução, o que justifica a fixação de indenização reparatória (e não sancionatória) em seu favor.¹⁹

Por evidente, a tese ora defendida não pode servir de substrato para violar o princípio da autonomia da vontade das partes em se submeter aos processos de mediação, negociação e conciliação. Tampouco visa tornar cogente a celebração de acordos nos instrumentos extrajudiciais e judiciais de solução dos conflitos, sob pena de sancionamento com multas e condenações ao pagamento de altos valores.

O que se propugna por aqui é fomentar o uso responsável do sistema de Justiça, com a participação ativa das partes na busca da solução consensual do conflito. A solução adjudicada da pendenga, via juiz, deve mesmo ser reservada para casos extremos, derivados de fatos complexos, de questões dúbias ou juridicamente intrincadas, não sobre temas a cujo respeito haja previsão expressa da lei ou precedentes qualificados dos Tribunais (art. 927 do CPC). A judicialização dos conflitos não pode ser utilizada pelo demandante para buscar vantagem desproporcional, e nem servir ao demandado para postergar o cumprimento de obrigação que sabe ser devida.

Até porque dados recentíssimos do relatório Justiça em Números do CNJ/STF (2018/2019²⁰) revelaram que, mesmo após o advento do CPC/2015, não houve variações significativas no indicador de conciliação no 2º e 1º grau em relação aos anos anteriores, observando-se aumento de 0,2 ponto percentual no 2º grau e redução de 0,7 ponto percentual no 1º grau (de 2017 para 2018). Consta do relatório:

a conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2018 foram 11,5% de processos solucionados via conciliação. Apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em três anos o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 ponto percentual.

O indicativo numérico supra reforça o sentido prático da tese ora sustentada de que, para os conflitos em que seja evidente quem está certo e quem está errado, é dever das partes e dos procuradores buscar a solução consensual e extrajudicial do conflito.

seus conflitos (REsp 1.634.851/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi; AREsp 1.260.458/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze; AREsp 1.132.385/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; e AREsp 1.241.259/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira)

¹⁹ Do mesmo modo — e agora fora dos casos em que se deve exigir prévio requerimento administrativo para admissibilidade do próprio acesso ao Judiciário —, se no curso da audiência de conciliação/mediação designada, na forma dos arts. 334 ou 695 do CPC, alguma das partes se recusar a participar responsabilmente das soluções possíveis para o conflito (v.g. negando aceitação de proposta razoável para resolução da lide, especialmente nos casos em que haja precedente qualificado em desfavor da sua tese), possível a incidência das sanções dos artigos 77, I e 80, III, IV e V do CPC. E em havendo pedido de indenização por danos morais, o comportamento do autor que negou desarrazoadamente a proposta de acordo oferecida pelo demandado em audiência (principalmente nos casos em que o pedido formulado é irascível), deve justificar a eventual redução do quantum devido a título de indenização por danos morais; enquanto que a negativa do requerido em oferecer proposta ou proposta razoável para a solução consensual do conflito, deve justificar a elevação do valor indenizatório a esse título.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

Trazido o conflito ao Judiciário, aquele que resistiu sem razoabilidade à solução consensual (seja demandante ou demandado), impondo arbitrariamente que o caso seja decidido pelo juiz, deve sofrer as consequências do seu comportamento processual conflitivo, em violação ao espírito dos arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 5º, todos do CPC, e da Resolução 125 do CNJ.

Só assim estaremos, efetivamente, levando o dever de estimular a autocomposição a sério, com a possibilidade concreta de colher frutos futuros e reais de uma verdadeira e efetiva política nacional de solução consensual dos conflitos²¹.

Conclusões

A proposta de releitura do princípio do acesso à Justiça ora apresentada leva em consideração que o Judiciário deve mesmo ser a *ultima ratio* do sistema de Justiça, especialmente nestes graves tempos de pandemia, em que a explosão da litigiosidade aliada à crise financeira do Estado não permitirá a ampliação do atendimento judicial.

Sendo possível a apresentação de prévio requerimento administrativo por mecanismos formais de recepção e justa apreciação, em tempo razoável, de reclamações (como é o caso da plataforma consumidor.gov.br), tal requerimento deve ser considerado como condição para o exercício do direito de ação (interesse processual – necessidade) perante o Judiciário.

Por outro lado, em havendo resistência injustificada dos que se submetam ao sistema extrajudicial de solução dos conflitos em atender ao pedido legítimo e proporcional dos que o buscarem – em contrariedade à disposição legal expressa ou ao entendimento uniforme e qualificado dos Tribunais a respeito do tema (v.g., art. 927 do CPC) –, ou em aceitar proposta razoável e dentro dos parâmetros legais e jurisprudenciais formulada pelos acionados, tal comportamento deverá ser considerado pelo juiz no momento de julgar a pretensão judicializada, seja para fixação de eventuais apenamentos por conta da violação da boa-fé (artigos 5º, 77 e 80 do CPC), seja na quantificação de indenizações devidas em prol ou contra o jurisdicionado que cumpriu adequadamente o ônus que lhe impunha o art. 3º do CPC (estímulo à autocomposição).

Referências bibliográficas

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério. *Migalhas*, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/310064/levando-o-dever-de-estimular-a-autocomposicao-a-serio>. Acesso em: 29 fev. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. Parte geral. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2019.

²¹ Daí a importância de as partes, no curso do processo e das audiências de conciliação/mediação, reduzirem a escritos/termo suas propostas de solução consensual do conflito, a fim de que não se lhes aponha, oportunamente, a pecha de não terem colaborado na busca da autocomposição.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. Releitura do princípio do acesso à Justiça: a necessidade do prévio requerimento administrativo e o uso da plataforma consumidor.gov. *Migalhas*, 17 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr>. Acesso em: 29 fev. 2020.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 206.

LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo e lentidão da Justiça. *Revista de Processo*, v. 295, São Paulo, RT, set. 2019.

MARCATO, Antonio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da Justiça*. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.